論　説

不正競争防止法２条１項３号における依拠の要件の意義 —近時の裁判例を素材として—

蘭　　　蘭

一．序

不正競争防止法2条1項3号（以下、3号という）は、他人の商品の形態を模倣した商品を譲渡等する行為を不正競争行為として規制している。3号の「模倣」に該当するためには、原告の商品形態と実質的に同一といえるほど酷似した商品形態を作り出したこと（実質的同一性）、及び、原告の商品形態に依拠したこと（依拠性）の2要件を充足する必要がある（2条5項の「模倣」の定義規定も参照）[1]。

---

[1] 経済産業省知的財産政策室編『逐条解説不正競争防止法（平成16・17年改正版）』（有斐閣、2005年）38頁、田村善之「不正競争防止法に関する裁判例と法改正の動向」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『不正競争防止法の新論点』（商事法務、

これら2つの要件はそれぞれ独立かつ並立の要件であると一般に解されている[2]が、従来の裁判例では実質的同一性の要件が肯定される場合に依拠の要件が否定されることは滅多になかった。そのため文献では、3号において依拠の要件は独自の機能を果たしていないのではないかという指摘がみられた[3]。このように従来、依拠の要件をめぐる議論は低調であったということができる。

しかし最近ではこのような状況に変化の兆しがみられる。それが依拠の不存在を理由に3号の請求を棄却した裁判例の登場である（東京地判平成19年7月17日平成18(ワ)3772最高裁HP〔アルページュ・レース付き衣服〕、知財高判平成20年1月17日平成19(ネ)10064最高裁HP〔同控訴審〕、大阪地判平成21年6月4日平成20(ワ)15970最高裁HP〔マグボトル〕）。これらの裁判例は、いかなる事情が認められる場合に依拠の要件が否定されるのかを明らかにし、3号における依拠の要件の意義を浮き彫りにしたという点で先例的価値を有するものである。

一般に依拠の要件はアクセスの問題、つまり原告商品形態の知不知の問題として捉えられがちである。しかしそのような理解が必ずしも適切ではないことを近時の裁判例は示唆している。つまりそこでは、原告商品形態にアクセスする機会が遮断されている場合だけでなく（アクセス機会の遮断性）、アクセス機会の有無にかかわらず被告が自ら費用を負担して独立に開発した場合にも（独立開発の抗弁[4]）、依拠の要件が否定され、3号の請求が棄却されているのである。これを定式化すれば、依拠の要件を「アクセス機会が遮断されていないこと＋独立開発ではないこと」という形で再構成することができるのではないだろうか[5]。依拠の要件をこのように捉え直すことで、3号において実質的同一性の要件とは別個に依拠の要件が設けられた趣旨をより良く理解できるように思われる。

本稿では、以上のような問題意識に基づいて、3号における依拠の要件の意義を明らかにすることを課題とする。以下では、従来の裁判例における依拠の要件の実態を把握することから考察をはじめ（**二**）、それを足がかりとして近時の裁判例を分析し、依拠の要件の意義を探求する（**三**）。最後に以上の考察をまとめて本稿の結語とする（**四**）。

2006年）3頁、小野昌延編『新・注解不正競争防止法　上（新版）』（青林書院、2007年）455頁〔泉克幸執筆〕、大阪弁護士会知的財産法実務研究会編『不正競争防止法における商品形態の模倣』（商事法務、2002年）63～64頁、小野昌延『不正競争防止法概説（新版）』（有斐閣、1994年）180頁、山本庸幸『要説不正競争防止法（第4版）』（発明協会、2006年）125頁。

なお、3号における実質的同一性の要件をめぐる議論に関しては、田村善之「商品形態のデッド・コピー規制の動向―制度趣旨からみた法改正と裁判例の評価―」知的財産法政策学研究25号(2009年)、拙稿「商品形態の実質的同一性判断における評価基準の構築―近時の裁判例を素材として―」知的財産法政策学研究25号(2009年）を参照。

[2] 大阪弁護士会編・前掲注1）75～77・111頁、小野・前掲注1)『概説（新版）』180頁、山本・前掲注1）125～127頁。もっとも、このような理解に疑問を呈する見解もある。例えば、服部榮久［評釈］知財管理49巻2号163頁（1999年）は、「実質同一（ここで仮に『類似』という）の範囲について考えてみると……極めて微妙な判断であるから、その『模倣』の範囲が同一であるとは考えられず、その意図が確認されたときは、その『類似』の範囲はより広く、推定の域を出ないときはより狭く判断されて当然であろう。つまり、その意図の確認の状況によって『模倣』の意図とは相関関係があって、個別に判断されるべきでない」と主張している。

[3] 例えば、大阪弁護士会編・前掲注1）77頁は、「実質的同一性を肯定しながら模倣の意図が存在しない、したがって模倣とはいえないと判断したケースは存在せず、……被告の客観面と主観面とを総合して『模倣』要件を認定することも成り立ちうると思われる」と述べており、ここから依拠の要件の独自性に対する懐疑的な態度を窺い知ることができる。

[4] 文献の中には、独立開発の抗弁ではなく、間接反証の一種であるという指摘もみられる（松村信夫『不正競業訴訟の法理と実務（第3版）』（民事法研究会、2001年）263頁、竹田稔『知的財産権侵害要論〔不正競業編〕（改訂版）』（発明協会、2003年）123～124頁）。これに対しては、法規で定められた抽象的な要件を組成する具体的な事実を主要事実と捉える近時の通説的な立場（高橋広志『重点講義民事訴訟法（新版）』（有斐閣、2000年）359～360頁）の下では、抗弁と捉えることに支障はないと指摘されている。詳しくは、田村善之『不正競争法概説（第2版）』（有斐閣、2003年）295～296頁注(5)を参照。

[5] このような依拠の要件の捉え方は、既に田村・前掲注4）295～296頁注(5)において示されている。そこでは、「『依拠』の要件として一括されていた要件を、アクセス＋独自開発でないこと、という二つの要件に分解することに支障はない」と指摘されている。

二．従来の裁判例における依拠の要件の実態

１．依拠の認定手法

依拠の要件の定義については、東京高判平成10年２月26日知裁集30巻１号65頁〔ドラゴン・ソード・キーホルダー控訴審〕が「当該他人の商品形態を知り、これを形態が同一であるか実質的に同一といえるほどに酷似した形態の商品と客観的に評価される形態の商品を作り出すことを認識していることを要する」と説示している。また文献でも、依拠の要件について、原告の商品形態の認識及びこれと酷似した商品形態を作り出す意思（両者を併せて模倣の意図とも呼ばれる）が必要であると説かれている[6]。

もっとも、被告の主観的な模倣の意図を原告が積極的に立証することは極めて困難である。そのため通常は、（ⅰ）被告商品の形態は原告商品の形態を見ずに作り出されたとは考えられないほど酷似していること（形態の酷似性）、（ⅱ）被告は原告商品の形態に接する合理的な機会があったこと（アクセス機会の有無）等の事実を原告が主張立証すれば、それらの間接証拠に基づいて被告の依拠が推認される。そしてこのような依拠の推認を覆すには、（ⅲ）被告の側が依拠の存在を否定する事情を主張立証する必要があるとされてきた[7]。

[6] 大阪弁護士会編・前掲注1）110〜111頁、山本・前掲注1）127頁、竹田・前掲注4）123頁。

[7] 例えば、田村・前掲注4）290頁、経産省編・前掲注1）38頁、小野編・前掲注1）『新・注解』455〜457頁〔泉克幸執筆〕、大阪弁護士会編・前掲注1）111〜115頁を参照。このほかにも学説では、著作権侵害訴訟において「依拠」を認定し得る間接事実として述べられているところを参照すれば、(1) 被告が原告商品の形態を知っていたこと、(2) 被告は原告商品の形態に接する合理的機会があったこと、(3) 原告商品の形態は少なくとも当該分野では周知だったこと、(4) 被告商品の形態には原告商品の形態を利用せずに作り出されたとは考えられないほどの共通点があること、(5) 被告による独自開発は時間的、予算的、能力的に困難であったこと等は、模倣における「依拠」を推認せしめる事実となるという見解が提示されている。青柳昤子［小熊タオルセット評釈］判時1682号（判評488号）218頁（1999年）。

２．依拠の要件の実態

しかし、従来の裁判例における依拠の要件の取扱いを分析してみると、依拠の要件の判断においては（ⅱ）アクセス機会の有無のみが実質的に問題となる場合が少なくない。依拠の要件が一般にアクセスの問題として捉えられがちな理由もここにあると思われる。いずれにしても、これは次のような事情による。

すなわち、裁判実務上、3号の模倣該当性の判断にあたっては実質的同一性の要件から先に審理されることが多い。同要件の充足が否定される場合には「その余の点について判断するまでもなく」3号の請求が棄却される[8]。そのため、依拠の要件が審理される場面ではしばしば実質的同一性の要件の充足が既に認定されている。そしてこうした実質的同一性の要件に関する判断は、そのまま（ⅰ）形態の酷似性を示す証拠として扱われることも少なくない[9]。一方、（ⅱ）アクセス機会の有無については、被告商品の製作販売時期が原告商品の販売後であることが従来の裁判例では重視されてきた。それゆえ、（ⅱ）の事実の立証に困難を覚えるようなことは稀であった。そして以上のように（ⅰ）（ⅱ）の事実に基づいて依拠が推認されると、それを打ち消すような（ⅲ）被告側の反証は滅多には認められないというのが、従来の裁判実務における依拠の要件の実態であった[10]。

以下では、従来の裁判例の傾向をもう少し具体的に見ていくことにしよう。

[8] これは前述のとおり、実質的同一性の要件と依拠の要件とは独立かつ並立の要件であると解されていることから、前者が否定される場合には、依拠の要件の判断を行うことなく3号の請求が棄却されることになるからである。大阪弁護士会編・前掲注1）77頁。

[9] 田村・前掲注4）291頁、大阪弁護士会編・前掲注1）112頁、山本・前掲注1）126頁、金井重彦＝山口三惠子＝小倉秀夫編『不正競争防止法コンメンタール』（レクシスネクシス・ジャパン、2004年）77〜78頁［高橋淳執筆］。

[10] 大阪弁護士会編・前掲注1）115〜120頁。

(1) 形態の酷似性

従来、依拠を推認するための事情としては、（ｉ）原被告商品の形態が実質的に同一であるといえるほど酷似していることが最も重視されてきた（大阪地判平成10年９月17日判タ1021号258頁〔網焼きプレート〕、東京地判平成10年２月25日判タ973号238頁〔ニュータマゴウォッチ〕、東京地判平成11年６月29日判時1692号129頁〔ファッション時計〕、東京地判平成13年12月27日判不競162ノ243頁〔小型ショルダーバッグⅡ〕、大阪地判平成15年８月28日平成15(ワ)1105最高裁HP〔イオンブラシ〕、東京地判平成16年９月29日平成14(ワ)25522最高裁HP〔耐震補強金具〕、東京地判平成16年９月29日平成16(ワ)5830最高裁HP〔チェーン付きカットソー〕)。

例えば、オーブントースター用網焼プレートの基本的な形態は同種商品においてある程度似ざるを得ないとしても、トレイや網の形状や模様等、具体的な形態については他にも選択の余地があるにもかかわらず、あえて原告商品の形態と実質的に同一の形態を被告が被告製品に採用したことは、原告商品への被告の主観的な依拠を推認させる有力な証拠となる（前掲大阪地判〔網焼きプレート〕)[11]。同様に、両製品の基本的な構成や液晶ゲーム機としての重要な構成要素のほか、裏蓋や紐通し部など細部の特徴まで酷似している場合には依拠が推認される（前掲東京地判〔ニュータマゴウォッチ〕。前掲東京地判〔チェーン付きカットソー〕も同旨)。

また、従来商品にはみられない原告商品の形態上の特徴が被告商品にそのまま取り込まれているという事情も、依拠を肯定する方向に斟酌される。例えば、前掲東京地判〔小型ショルダーバッグⅡ〕では、ペットボトルポケットの内部に携帯電話の収納ポケットが設けられているという原告商品の形態的特徴が被告商品にも共通にみられる点について、「このような場所に水を嫌う精密機器である携帯電話の収納ポケットを設けたことは、ある意味で非合理的なものであるが、……このような点まで同じであることは、被告商品が、他にもある選択肢の中から、ことさら原告商品を模倣したことを裏付けるもの」であると判断された（前掲東京地判〔ファッション時計〕も参照)。

(2) アクセス機会の有無

以上のような（ｉ）形態の酷似性に関する認定は、前述したように実質的同一性の要件の認定と重なる部分が多いことから、形式的な判断が行われやすい。それゆえ依拠の要件の認定における実質的な審理判断は、（ii）アクセス機会の有無を中心に行われる傾向にある。

裁判例のなかには、アクセス機会の有無の認定に際して、証言等により、被告側の開発担当者が先行して市場に置かれた原告商品を見て被告商品の開発を行ったことを直接認定できる事案もある（大阪地判平成10年９月17日判タ1021号258頁〔網焼きプレート〕)[12]。しかし、そのような証拠がない場合でも、原告商品がヒット商品であり市場に大量に流通したこと（前掲大阪地判〔網焼きプレート〕、東京高判平成13年９月26日判時1770号136頁〔小型ショルダーバッグⅠ控訴審〕、東京地判平成10年２月25日判タ973号238頁〔ニュータマゴウォッチ〕、東京地判平成８年12月25日地裁集28巻４号821頁〔ドラゴン・ソード・キーホルダー１審〕、東京地判平成13年９月20日判不競1162ノ221頁〔携帯電話機用アンテナⅡ〕)、原告商品について幅広く宣伝広告活動が行われ雑誌の記事等でも取り上げられたこと（東京地判平成13年12月27日判不競162ノ243頁〔小型ショルダーバッグⅡ〕、東京地判平成11年６月29日判時1692号129頁〔ファッション時計〕）等の事実

[11] この他、小熊をモチーフとするタオルセット商品の取り合わせについて同旨を説くものとして、大阪地判平成10年９月10日判時1659号105頁〔小熊タオルセット〕がある。この事件について学説では、「本件の特徴としては、原告商品６種類を被告はことごとくそっくり流用して被告商品６種類として販売しており、このような全商品にわたる実質的同一性は依拠を極めて強く推認させるものといえる。」との評価もなされている。青柳・前掲注7）217頁。

[12] この他、被告商品の金型を外部発注する際に、被告がサンプルとして原告商品に酷似したハンガーを持参したという事情を認定して、それを依拠の存在を推認する方向に斟酌する裁判例もある（奈良地決平成９年12月８日弁理士会判例集(その２）15頁〔ハンガー〕)。学説では、「他人の商品にアクセスする機会があったことを立証するだけでは足りず、事実アクセスしたことや、さらには実際に認識していたことを窺わせる、より具体的な事実の存在を証明する必要がある」と説く見解がある（渋谷達紀「商品形態の模倣」F.K.バイヤー教授古稀記念『知的財産と競争法の理論』(第一法規、1996年）386頁)。

が、被告商品の製造過程で被告が原告商品を参考にした蓋然性を示す事情として斟酌されている。また、被告の作成した被告商品のパンフレットに原告商品の写真がそのまま掲載されていること（名古屋地判平成９年６月20日知財管理別冊判例集（平成９年）2083頁〔ハートカップⅡ〕）、被告製品の販売を開始する前に被告は原告から原告製品を仕入れていたこと（東京地判平成16年９月29日平成14（ワ）25522最高裁HP〔耐震補強金具〕）、あるいは被告商品の金型図面が完成する直前の時期に被告の取引先が原告商品を取り扱っていたこと（奈良地決平成９年12月８日弁理士会判例集（その２）15頁〔ハンガー〕）等の事実は、被告が原告商品に接する機会があったことを示す事情であり、依拠を推認する上で有力な証拠となる。

この他、大阪地判平成15年８月28日平成15（ワ）1105最高裁HP〔イオンブラシ〕では、「被告商品は、当初の原告商品のパッケージのデザイン、文言、取扱説明書をそのまま使用し、原告商品のパッケージ裏面の発売元の記載部分を空白にし、パッケージに製造元、発売元、輸入元等を記載していない」こと、「被告は、原告商品のパンフレット等を使用して被告商品を販売していた」こと、さらには「原告商品の取扱説明書には、スイッチの表示方式として『ONで緑点灯』、本体の大きさとして『約230×39×32㎜（使用時）』と記載されている。被告商品は、……駆動表示ランプの色が白色である点、本体の長さが234㎜である点で原告商品と異なるが、被告商品の取扱説明書には、スイッチの表示方式、本体の大きさとして、原告商品の取扱説明書と同様の記載がされている」こと等の事情が、依拠を認定する際の有力な証拠とされている（同様に、不自然な不一致や無意味な変更について依拠を示唆する事実として斟酌するものとして大阪地決平成７年４月25日知裁集28巻１号164頁〔ホーキンスサンダル仮処分〕）。

さらに、近年増加傾向にある衣服関連訴訟においては、原被告商品の企画・製造・販売の時期が近接していることや、原被告商品の市場・顧客層・販売形態が共通していることも、依拠を推認するうえで重要な事情とされている。例えば、東京地判平成16年９月29日平成16（ワ）5830最高裁HP〔チェーン付きカットソー〕では、被告が販売を開始したのは原告販売開始の２ヶ月後であること、被告商品について製造の発注がされたのは商品が市場に出される直前であること、さらには原被告商品ともに10代の女性を主たる顧客層としており市場が近接していること等の事実が、依拠を窺わせる事情として斟酌された（同様の事案として、知財高判平成17年12月５日平成17（ネ）10083最高裁HP〔フリル型カットソー控訴審〕）。また、東京地判平成14年11月27日判時1822号138頁〔ベルーナ・Ryu Ryu〕では、カタログ通販という商品の販売形態が共通することや商品のカタログ掲載時期が近接していることが依拠を肯定する方向に考慮された。

同じく衣服関連の裁判例の中には、インターネットを通じた原告商品へのアクセス可能性をもってアクセス機会有りと認定する判決もある（東京地判平成19年７月17日平成18（ワ）3772最高裁HP〔アルページュ・レース付き衣服〕、知財高判平成20年１月17日平成19（ネ）10064最高裁HP〔同控訴審〕）。具体的には、原告の展示会が顧客である卸売業者や個人顧客を招待して行うものであり、関係者には招待状が配布されていたことから、原告展示会の閉鎖性とアクセス機会の有無が問題となった。東京地裁は、招待状がない者でも原告の展示会に入場できないわけではないこと、また入場者の撮影した商品の写真がウェブサイトに掲載されるなど自ら来場しなくてもインターネット等を通じて展示会出品商品について知り得ること等を理由に、被告は原告商品にアクセスする機会があったものと判断した。かかる裁判所の判断に対しては、この程度の可能性で合理的なアクセス機会の存在を認めるのは被告にとってやや酷だとの見方もあり得よう。裁判所は、被告の関係者で展示会に出席した蓋然性のある者を特定したり、原告商品が掲載されたウェブサイトを特定する必要があったようにも思われる[13]。実際、控訴審における被告の反論は、原告商品がインターネットを通じて公開された具体的な事実を１審判決は指摘していないというものであった。しかし知財高裁は、そうした事情は被告が直接又は間接に原告商品に接する機会があったことを否定するものではないとして、被告の主張を斥けている。

（3）依拠の存在を否定する事情の存否

以上のような形で依拠が推認されると、被告は依拠の存在を否定する事情を主張立証しない限り、被告商品は原告商品に依拠して作り出されたも

[13] 泉克幸［本件控訴審評釈］法学セミナー増刊『速報判例解説Vol. 3』（日本評論社、2008年）258頁。

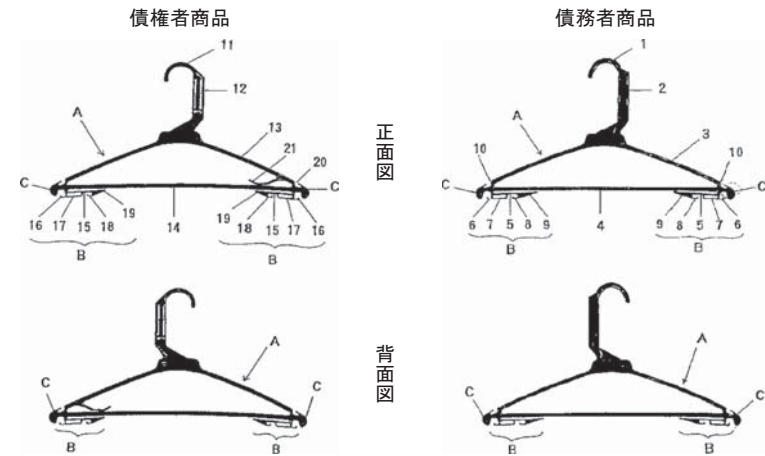
のであるとの認定を免れ得ないことになる。しかし従来の裁判例では、被告側の反証を認容することは極めて稀であった。これは前述したように、原被告商品の実質的同一性が肯定されたケースでは、そうした事情が依拠を推認する非常に有力な証拠となるため、これを覆すほどの事情を被告が主張立証することは至難の業であると解されてきたからである。ここで被告側が提出した反証の内容に目を向けると、「原告商品を知らなかった」「知る手段もなかった」と主張するものや、「原告商品ではなく他社商品を参考にして独自に製作した」と主張するものが多い。しかし裁判例ではそうした主張の大半が「具体的な疎明がない」として斥けられている。

例えば、奈良地決平成９年12月８日弁理士会判例集（その２）15頁〔ハンガー〕をみてみよう。本件仮処分事件における債権者と債務者はともにハンガーの製造販売を目的とする会社である。債務者の製造販売するプラスチック製衣料ハンガーの形態が債権者商品「スーパーハンガー11」の形態に酷似していたことから、債権者が３号に基づき、債務者に対して債務者商品の譲渡等の差止め及び同商品の金型の廃棄を求めた。これに対し債務者は、債権者商品を知らないし、そもそも債務者商品の木型及び略図は自ら製作したものであると反論した。すなわち、債務者商品の製作過程について、従来の債務者の商品を元に、他社のクリーニングハンガーのカタログを参考にしながら債務者商品の木型及び略図を製作したこと、そしてそれらを訴外Ａに持ち込んで金型の製作を依頼したことを債務者は主張したのである。しかし裁判所は、「従来の債務者の商品や参考にした他社製品に基づいた具体的な主張、疎明がなく、債務者の主張は採用できない」と述べて、債務者の主張を斥けている[14]。

それでは、被告はどのような事情を主張立証すれば、依拠の推認を打ち消すに足りる具体的な疎明があったとされるのであろうか。この問いに対する一つの解答を提示しているのが、後述する東京地判平成19年７月17日

[14] 前掲奈良地決〔ハンガー〕は、結論として、ｉ）債権者商品と債務者商品とは実質的に同一であること、ⅱ）債務者商品の製作は債権者商品の販売後であること、ⅲ）債務者には債権者商品にアクセスする機会があったこと、ⅳ）債務者の独立開発の主張につき、これを裏付ける疎明がないことを総合すれば、債務者が債権者商品を模倣して債務者商品を製作販売したことが認められると判示している。

平成18(ワ)3772最高裁ＨＰ〔アルページュ・レース付き衣服〕、知財高判平成20年１月17日平成19(ネ)10064最高裁HP〔同控訴審〕である。

第１図　ハンガー

（4）小括

ここまで見てきたように、従来の裁判例では、実質的同一性の要件とは別個に依拠の要件が意義を発揮する場面は限られていたということができる。実際、依拠の要件の不充足を理由に３号の請求を棄却する裁判例はこれまで存在しなかったのである。しかし近時はこうした傾向に変化の兆しがみられる。その一つの例が、依拠の要件を否定する裁判例の登場である。以下、節を改めて検討しよう。

三．近時の新たな動向―依拠の要件を否定する裁判例の登場―

１．アクセス機会遮断型

近時の新たな動向として注目される裁判例の一つが、原告商品と被告商品の製造販売時期の先後関係（アクセス機会の遮断性）に着目して依拠の要件を否定した大阪地判平成21年６月４日平成20(ワ)15970最高裁HP〔マグボトル〕である（以下、本判決という）。まずは事案を紹介しよう。

本件の原告は、平成18年11月頃から原告魔法瓶のデザインの作成を開始し、平成19年９月に同商品の販売を開始した。これに対し、被告は、型番号「C021」の被告魔法瓶を平成20年４月29日に中国法人の訴外Ａ社（浙江剛自達工貿有限公司）を通じて日本に輸入し、日本国内において販売を開始した。そこで原告が、被告に対し、３号に基づく被告魔法瓶の輸入販売の差止め等を求めたという事案である。

一見したところ、原告と被告の魔法瓶の形態は酷似している。しかし裁判所は、本件の被告魔法瓶は中国法人の訴外Ｂ社（浙江剛自達不銹鋼制品有限公司）が平成15年８月頃に中国国内において製造販売を行っていた型番号「GZD-C021」の商品（中国商品）と同一のものであり、したがって被告魔法瓶と同一の商品が中国において製造販売された時期は、原告魔法瓶の日本での製造販売時期に先行するという事実を認定して、実質的同一性の要件の判断に立ち入ることなく依拠性を否定したのである。

第２図　マグボトル

原告商品　　被告商品

たしかにこの認定事実を前提とすれば、両商品の製造販売時期の先後関係に照らして、被告商品（と同一の商品）の製造時に原告商品の形態にアクセスすることは不可能なのであり、このようなアクセス機会の遮断性ゆえに被告商品が原告商品の形態に依拠して作り出されたものと解する余地はないと言わざるを得ない。そうすると本件において被告は、原告魔法瓶とよく似た形態の非模倣品を輸入し、これを被告魔法瓶として日本で販売したにすぎないから、その行為が３号の規制行為、つまり「模倣」商品を譲渡等する行為に該当しないことも明らかである[15]。本件を依拠の要件の問題として処理し、３号の請求を棄却した本判決は、極めて妥当な判決と評価することができる。

これに対し原告は、原告魔法瓶が日本で販売されるより先に、被告魔法瓶と同一の商品が中国国内において製造販売されていたとしても、当該中国商品を原告魔法瓶の販売後に日本に輸入して市場に置く行為は、不競法２条５項における「同一の形態の商品を作り出すこと」に該当するとの反論を試みている。しかしこれは３号の条文構造に照らして無理な解釈であると言わざるを得ない[16]。判決が正当に指摘するように、３号は模倣行為と輸入等の行為を明確に区分して規定する構造となっていることから、輸入等の市場に置く行為を「模倣」に含める解釈は採用し得ないものと考える。

本件においてむしろ重要なのは、本判決の意義と射程であろう。本件の事案は、既に述べたように、原告商品と被告商品の製造販売時期の先後関係に照らして、被告商品の開発者には原告商品の形態へアクセスする機会が遮断されていたというものである（本稿では、このような事案類型をアクセス機会遮断型と呼ぶことにする）。そして本判決によれば、被告はアクセス機会の遮断性を示す事情（例えば被告商品は原告商品よりも製造販売時期が先行していること）を主張立証すれば、それだけで依拠の要件が否定され、３号の請求の棄却をもたらすことができるのである。このようにアクセス機会の遮断性という事情のみに基づいて依拠の要件を否定した点に、本判決の先例的意義があると考える。ゆえに、本判決の射程もアクセス機会遮断型の事案に限定されるものと解される。

本稿の立場からみて、本判決の射程の限界線上に位置すると思われるのが、原告商品の販売時期を基準とした場合に、被告商品のデザイン企画時期はそれに先行するが実際の製造発注時期はそれに後行するという事案である（東京地判平成16年９月29日平成16（ワ）5830最高裁HP〔チェーン付

[15] なお、「模倣」該当性における製造業者の依拠の問題と、模倣商品の譲渡・輸入・販売等を行う業者の過失責任の問題とは区別して論じる必要がある。このうち、後者の過失責任が問題となるのは、あくまで模倣商品（デッド・コピー商品）を取り扱う業者だけであり、〔マグボトル〕事件のような非模倣商品の輸入・販売を行う業者については問題とならない。従来の裁判例では、模倣商品を取り扱う販売業者等の過失が否定されることは稀である（東京地判平成11年６月29日判時1692号129頁〔ファッション時計〕、大阪地判平成12年７月27日判不競1162ノ171頁〔結露水掻き取り具〕）。詳しくは、田村・前掲注４）308～310頁を参照。

[16] また、商品を市場に置く行為が「商品を作り出すこと」に該当するとの主張は、「作り出す」という言葉の語義に照らしても無理があるだろう。

きカットソー〕を参照[17]）。この場合、被告商品の製造発注時点では既に原告商品の販売が開始されているため、被告商品の開発過程において原告商品へのアクセス機会が遮断されていたといえるかどうかは微妙である。それゆえ、被告にとってアクセス機会の遮断性を示すことは容易ではないだろう。この事案に特徴的な、被告商品の企画時期が原告商品の販売時期に先行しているという事情は、アクセス機会の遮断性の問題ではなく、むしろ次に述べる独立開発の抗弁の問題として処理したほうが無難であろう。

いずれにしても本判決から得られる示唆は、依拠の要件を否定するためには、アクセス機会の遮断性を示す事情を主張立証することが被告としては重要だということである。そしてそのような被告の主張が成立すれば請求棄却の結論を導くことができる点に、3号における依拠の要件の一つの意義を見いだすことができるように思われる。

２．独立開発抗弁型

依拠の要件をめぐる近時の新たな動向としては、アクセス機会遮断型の裁判例の登場とは異なるもう一つの展開がみられる。それを象徴するのが、形態の酷似性及びアクセス機会の事実がともに認められる場合に、被告先行商品に基づく独立開発の抗弁に着目して依拠の要件を否定した東京地判平成19年７月17日平成18（ワ）3772最高裁HP〔アルページュ・レース付き衣服〕、知財高判平成20年１月17日平成19（ネ）10064最高裁HP〔同控訴審〕の登場である（以下、それぞれ本判決、控訴審判決という）。まずは事案を紹介しよう。

本件の原告と被告は、いずれも婦人服等のデザイン及び製造販売を業とする会社である。原告が製造販売した４点の衣服（以下、原告商品1～4）は、卸先の各業者や顧客等を招待して催される原告展示会に出品するために、平成17年４月頃から８月頃までの間に企画、商品化されたものである。原告は、展示会の直後に各業者からの注文を受けてこれをメーカーに発注し、メーカーから納入された原告商品１～4について平成17年８月頃から11月頃に販売を開始した。原告商品１～4はいずれも完売した。一方、被告が製造販売した4点の衣服（以下、被告商品Ａ～Ｄ）は、平成17年の９月頃から10月頃に企画、商品化されたものであり、同年12月頃から平成18年１月頃にそれぞれ販売が開始された[18]。これを受けて原告は、被告商品Ａ～Ｄの形態が原告商品1～4の形態と酷似している旨を主張して、3号に基づき、被告に対し被告商品Ａ～Ｄの譲渡等の差止め及び廃棄、損害賠償、並びに謝罪広告を請求したという事案である。

本件では、被告商品Ａ及びＣについて依拠の要件が肯定されたが、被告商品Ｂについては依拠の要件が否定された（なお、実質的同一性の要件が否定された被告商品Ｄについては依拠の要件は判断されなかった）。本件において興味深いのは、被告商品ＡとＢとで依拠の要件に関する判決の結論が分かれたことである[19]。両者における依拠の認否の分水嶺となったのは、両被告商品の製作過程に関する被告の主張内容である。

第３図　アルページュ・レース付き衣服①

原告商品１　　　（正面）　　　被告商品Ａ

---

[17] 実際の東京地判〔チェーン付きカットソー〕では、被告商品の企画決定時期が原告商品の販売開始時期に先行することを示す証拠について、被告商品が実際に発注されるまでの時間的隔たりが大きいことを理由に採用されなかった。

[18] ただし、被告商品Ｄについては販売時期が認定されていない。

[19] なお、被告商品Ｃの判旨は被告商品Ａの判旨と基本的に同様であるため、本稿では省略する。

すなわち、被告商品Ａについて、被告商品Ａのデザインは海外の商品を参考に作成したものであって、原告商品１に依拠したものではないと被告が主張したところ、本判決は、被告の主張にかかる海外の商品と被告商品Ａとはその基本形状が異なり、商品全体の印象も大きく異なるとして、被告の主張を斥けている。そして、被告商品Ａと原告商品１とは形態上の特徴的なデザインが共通しており、実質的に同一の形態であること（形態の酷似性）、また被告商品Ａのデザインが作成された時期は原告商品１の展示会への出品の約3ヶ月後、販売開始の約２週間後であり、被告は原告商品１に接する機会があったといえること（アクセス機会）を考慮して、被告商品Ａは原告商品１に依拠して作成されたものであると判断している。このような本判決の判断は、基本的に従来の裁判例を踏襲したものと評価できる（控訴審判決も同旨）。

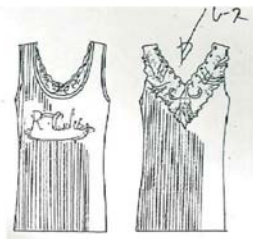
第４図　アルページュ・レース付き衣服②

原告商品２（正面）被告商品Ｂ

（背面）

被告先行商品写真

Apuweieser-riche CRUISE

被告先行商品デザイン図

一方、被告商品Ｂの製作過程に関しては、被告は他社商品ではなく自社先行商品に関連付けた主張を行った。すなわち、本件において被告は、原告商品２が展示会に出品される以前に、白色のノースリーブのタンクトップのＶ字型の襟刳りに白色のレースを付すという被告商品Ｂと同様の特徴を有する被告先行商品を製造販売していたことから、被告商品Ｂは被告先行商品に依拠して製作したものであって、原告商品２とは独立に開発したものであると主張した。こうした主張に対して本判決は、「被告は、自社製品である被告先行商品に依拠して、レースを使用した被告商品Ｂをデザインしたと考える方が自然」であると説示して、原告商品２への依拠性を否定したのである（このように被告先行商品に基づく独立開発の抗弁が問題となる事案類型を、本稿では独立開発抗弁型と呼ぶことにする）。

もっとも、被告商品Ｂのように被告の側に自社先行商品が存在するとしても、そうした事実から直ちに独立開発の抗弁の成立が認められるわけではない。例えば、東京地判平成16年９月29日平成16(ワ)5830最高裁HP〔チェーン付きカットソー〕において、被告らは原告商品の形態と断片的に共通する被告先行商品６点を製造販売していた。そこで被告らは、被告商品のデザインはそれらの被告先行商品を参考にして決定したものであり、原告商品の形態を模倣したものではないと主張した。しかし裁判所は、「被告らの先行商品……は、いずれも、部分的には原告商品及び被告商品の形

第５図　チェーン付きカットソー

原告商品

被告商品

態と類似するところがあるものの、その類似の程度、全体の印象を見ると、原告商品や被告商品とはかなり異なる」ことから、被告先行商品の存在をもって依拠の推認を覆すほどの事情と認めることはできないと判示したのである。

本件においても、被告商品Ｂと被告先行商品の間にはロゴの有無、レースの配置、レースの模様という３点において相違がみられたのであり、前掲東京地判〔チェーン付きカットソー〕に照らせば、被告商品Ｂについて独立開発の抗弁の成立が否定されても不思議ではなかったように思われる。実際本件においては、被告商品Ｂと原告商品２とは形態が実質的に同一であること（形態の酷似性）、また被告商品Ｂの販売開始時期は原告商品２の展示会への出品の約５ヶ月後、販売開始の約３ヶ月半後であり、被告は被告商品Ｂの製造前に原告商品２について知る機会があったといえること（アクセス機会）が認定されており、被告商品Ｂについて依拠を推認する事情は十分に存在していたといえる[20]。

---

[20] なお、これに関連して控訴審では、被告が製造販売する商品の中には模倣商品が含まれていることを依拠の要件との関係でどのように評価すべきかについて問題となった。これは被告企業の模倣体質の表れであり、被告商品Ｂについても被告の依拠性を認めるべきだというのが、原告の主張であった。しかし控訴審判決は、被告商品の中には被告商品Ａ及びＣのような模倣商品が含まれることは事実であるとしても、「そのことによって、被控訴人［筆者注：被告］の商品がすべて他人の商品の形態を模倣しているものとなるものではなく、……他人の商品の形態を模倣した商品が存在していることを根拠として、被告商品Ｂにつき、原告商品２に依拠していると認めることはできない」と述べて、原告の主張を斥けている。

たしかに控訴審判決が指摘するように、被告商品の中に模倣商品が含まれていることと、被告商品Ｂが原告商品２に依拠したものであることとは、直接リンクするものではないだろう。もっとも、本件に関する限り、被告商品Ａ及びＣについて模倣が認定されたという事情は被告商品Ｂに関する依拠性を判断するうえで有益な証拠の一つとなり得ると解される。例えば、原告商品１と原告商品２とは平成17年８月下旬に開催された原告展示会に同時に出品されたものである。そうすると、被告商品Ａは原告商品１の模倣商品であるとの事情は、被告が原告商品２にアクセスする機会があったことを窺わせる事情となるように思われる。

それゆえ、上記判旨の理解としては、被告商品Ａ及びＣが模倣商品であるとの事情はたしかに被告商品Ｂの依拠性を示唆する一事情となり得るが、しかしそうした事情は被告先行商品に基づいて被告商品Ｂを独立開発したとの被告の主張を覆すに足りる証拠とはなり得ないという意味に捉えるのが適切であると思われる。

それでは、以上のような事情が存するにもかかわらず、被告商品Ｂについて依拠の要件が否定されたのはなぜだろうか。本判決が繰り返し強調しているのは、「被告が原告商品２の展示会出品の１年以上前に、……原告商品２及び被告商品Ｂと同様の特徴を有する被告先行商品を製造、販売していたこと」である。そしてこのことに照らして、被告商品Ｂと被告先行商品の間の相違点は「単なるデザインの変更であり困難なこととは思われない」と評価している。控訴審判決もまた、「被控訴人［筆者注：被告］が、シンプルなノースリーブのシャツの襟ぐりにレースを付した被告先行商品を既に開発していたとき、市販されているレースを同様のノースリーブシャツの襟ぐりに設け、被告商品Ｂをデザインすることが可能であったといえるのであり、被告商品Ｂが、原告商品２に依拠しているものであると認めることはできない」と判断している。

このように、被告商品Ｂ及び原告商品２と同様の特徴をもつ被告先行商品の存在を理由に独立開発の抗弁の成立を認める裁判所の判断からは、次のような考量を読み取ることができるように思われる。すなわち、形態の酷似性やアクセス機会の事実が認められるとしても、被告商品Ｂと同じ形態的特徴を備えた被告先行商品を原告に先駆けて被告が開発済みであるような場合には、被告は被告商品Ｂの形態開発に向けて、自らのリスク負担のもとに一定の先行投資を行っていたことが明らかであるから、被告先行商品と被告商品Ｂの間に若干の相違がみられようとも、被告の独立開発の道をむげに閉ざしてはならないという配慮である。依拠の要件の解釈において、独立開発に向けたインセンティヴを削ぐことのないよう安心して商品開発投資を行うことができる環境の整備に努める裁判所の姿勢は、後行開発者の予測可能性の確保という観点からも、積極的に評価されるべきものと考える。

なお、本判決や控訴審判決の意義をこのように捉える場合には、独立開発抗弁型の事案である前掲東京地判〔チェーン付きカットソー〕の位置付けが問題となり得る。もっとも同事件では、被告商品の形態と断片的に似ている被告先行商品６点が存在したにとどまり、断片と断片を組み合わせ

て被告商品にまとめ上げるデザイン画や試作品などの証拠は出されていない。その意味で被告商品の製作過程に関する具体的な疎明がなく、依拠の推認を覆すほどの事情は認められないということができる。一方、本件では、少なくとも被告商品の形態的特徴を備えた被告先行商品が証拠として存在したのであり、この点で前掲東京地判〔チェーン付きカットソー〕の事案と区別することができるように思われる。

いずれにしても本判決や控訴審判決から得られる示唆は、依拠の要件を否定するためには、自ら資金・労力を投下して独自に商品開発を継続してきたことを示す客観的な事情、例えば被告商品の形態的特徴を備えた被告先行商品を既に開発済みであるという事情を主張立証することが被告としては重要だということである。そしてそのような被告の主張が成立すれば請求棄却の結論を導くことができる点に、3号における依拠の要件のもう一つの意義を見いだすことができるように思われる。

四．結語

本稿では、裁判例の分析を通じて、3号における依拠の要件の実態及びその意義を探求してきた。本稿の検討内容をまとめると、以下のようになる。

依拠の要件は、実質的同一性の要件とは独立に設けられた要件である。しかし従来の裁判例では、3号の模倣該当性の判断にあたり依拠の要件が独自の意義を発揮する場面は殆どなかった。こうした背景には、裁判実務上、実質的同一性の要件から先に審理判断されることが多く、実質的同一性の要件が肯定されると、そのこと自体が依拠を強く推認する証拠となるという事情があった。他方で実質的同一性の要件が否定される場合には、依拠の要件の審理判断に立ち入ることなく3号の請求が棄却される。

そのような中で、依拠の要件を否定して3号の請求を棄却する近時の裁判例からは、アクセス機会遮断型と独立開発抗弁型という2つの場面における依拠の要件の意義が浮かびあがるように思われる。すなわち、前者の場面においては、例えば被告商品の製造時期が原告商品の製造販売時期よりも先行していること（アクセス機会の遮断性）を被告が主張立証すれば、それに基づいて依拠の要件が否定され、3号の請求は棄却される（大阪地判平成21年6月4日平成20（ワ）15970最高裁HP〔マグボトル〕）。また、後者の場面においても、例えば被告商品の形態的特徴を備えた被告先行商品を原告に先駆けて開発済みであるという事情（独立開発の抗弁）を被告が主張立証することができれば、同様に請求棄却の結論が導かれるのである（東京地判平成19年7月17日平成18（ワ）3772最高裁HP〔アルページュ・レース付き衣服〕、知財高判平成20年1月17日平成19（ネ）10064最高裁HP〔同控訴審〕）。このように、アクセス機会の遮断性又は独立開発の抗弁のいずれかの事情を被告が主張立証すれば、実質的同一性の要件の充足如何にかかわらず、請求棄却の結論をもたらすことができる点に、3号における依拠の要件の意義を見いだすことができるように思われる。

依拠の要件に関するこのような理解は、3号のデッドコピー規制の趣旨にも合致するものと解される。3号の規定の趣旨は、他に先駆けて新たな商品を開発した者の市場先行の利益を保護することにある[21]。かかる3号の趣旨に照らせば、依拠の要件は次のように説明することができる。すなわち、そもそも先行商品にアクセスする機会が遮断されている場合や、独自に開発した商品の形態がたまたま先行商品の形態と実質的に同一であった場合には、後行者は自ら資金、労力を投下して商品開発を行っている以上、その行為は先行者の市場先行の利益を定型的に奪う行為とは言い難い。この場合にまで3号の規制が及ぶとすると、後行者は投資リスクに対する予測可能性を確保し得ないために、安心して商品開発活動に専念できなくなるおそれがある。事業者間の商品開発競争を奨励する3号の趣旨からしても、後行開発者に萎縮効果をもたらすことが懸念されるような場合には3号の規制を及ぼすべきではないだろう。3号はこのように、基本的には後行者の商品開発投資に対する予見可能性を担保するために依拠の要件を定める構造になっているものと解される[22]。

21　3号の趣旨について詳しくは、田村・前掲注4）282頁以下。

22　田村・前掲注1）「裁判例と法改正の動向」11頁、大阪弁護士会編・前掲注1）64頁、山本・前掲注1）125～126・129～130頁、小野・前掲注1）『概説（新版）』181頁。このような理解は、著作権法における依拠の要件に関する一般的理解と親和的である。すなわち、著作権法上の依拠の要件の一つの趣旨は、著作権は創作により発生し、登録を効力発生要件としないところ、主観的には他と異なるものを創作し

したがって３号における依拠の要件は、他人の商品形態に接する機会が遮断されている場合にはもちろん（アクセス機会の遮断性）、自ら費用を負担して独立に開発した場合にも（独立開発の抗弁）、３号の請求を棄却するための要件として解釈すべきであろう[23]。依拠の要件をこのように、「アクセス機会が遮断されていないこと＋独立開発ではないこと」と捉え直すことで、３号において実質的同一性の要件とは別個に依拠の要件が設けられた趣旨をより適切に理解できるように思われるのである。

〔付記〕本稿の作成にあたり、田村善之先生から大変丁寧なご指導を賜った。また、本稿で扱った一部の裁判例について、弁理士の安原正義先生のご厚意により、裁判関係資料に接する機会に恵まれた。その他、日本語の添削や裁判例の分析に関して、北海道大学大学院法学研究科博士後期課程の山根崇邦氏からサポートを受けた。この場をお借りして皆様に感謝を申し上げる。

たにもかかわらず、たまたま類似の著作物が既に存在したために著作権侵害の責を問われるとしたならば、独自創作者に不測の不利益を与え、創作を奨励する著作権法の趣旨に反することになりかねない点に求められている。田村善之『著作権法概説（第２版）』（有斐閣、2001年）49頁。

[23] 例えば、独自に市場調査、企画、商品開発を行うのでれば、その開発プロセスの途中で、自らが製作中の商品と酷似した先行商品を発見し、結果的にそれと実質的に同一の後行商品を作り出したとしても、後行者は自己の費用負担のもと独立開発したことにかわりはないのだから、後行商品を製造販売する行為に対して３号の請求を認めるべきではないと考える。依拠を否定すべきであろう。なお、著作権法の文脈でも同様の議論がなされているこのような理解は、著作権法における依拠の要件に関する一般的理解と親和的である。田村・前掲注22）49～50頁。